



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.043 - RS (2014/0157648-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROGER NICOLAT DA SILVA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N. 11.343/2006. NULIDADE POR UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO **WRIT**. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE POR ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/201; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A tese relativa à ocorrência de nulidade pela utilização indevida de algemas durante audiência de instrução demandaria a instrução do feito com a mídia em que gravada a audiência a fim de comprovar o alegado constrangimento ilegal, **o que incorreu na hipótese**. Desta forma, a deficiente instrução dos autos impede, no ponto, o conhecimento do **writ**.

IV - Ademais, **in casu**, infirmar a condenação da paciente ao argumento de que as provas coligidas seriam insuficientes para demonstrar a prática de atos de mercancia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandaria, impreterivelmente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus. (Precedentes).**

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.043 - RS (2014/0157648-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de ROGER NICOLAT DA SILVA, apontando como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c §4º, ambos da Lei 11.343/2006, às penas de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi provido, por maioria, para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, bem como para reduzir a pena de multa.

A defesa, então, opôs embargos infringentes e de nulidade, sustentando, em síntese, a necessidade de prevalência do voto vencido, no sentido de se reconhecer a nulidade do feito pela utilização indevida de algemas em audiência, sem a devida justificativa, bem como pela imperiosidade de se absolver o ora paciente, em razão de alegada ausência de dolo quanto ao delito de tráfico de entorpecentes.

O recurso foi, por maioria, desprovido.

Daí o presente **writ**, no qual aduz o impetrante a nulidade do feito pela utilização indevida de algemas em audiência, ao argumento de que, conforme o disposto na Súmula Vinculante n. 11 do col. **Pretório Excelso**, tal recurso apenas é permitido quando a excepcionalidade do caso é justificada por escrito, o que não teria ocorrido na hipótese.

Alega, ademais, que *"não há qualquer prova do dolo de traficar - inerente ao tipo penal"*, e que *"outra não é a saída senão absolver o acusado"* (fl. 4).

Requer, assim, a concessão da ordem a fim de absolver o paciente ou, alternativamente, para anular o v. acórdão reprochado a fim de que outro seja proferido em seu lugar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi denegada à fl. 306.

As informações foram prestadas às fls. 315-317.

A d. Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 321-326, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.043 - RS (2014/0157648-5)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N. 11.343/2006. NULIDADE POR UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO **WRIT**. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE POR ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/201; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A tese relativa à ocorrência de nulidade pela utilização indevida de algemas durante audiência de instrução demandaria a instrução do feito com a mídia em que gravada a audiência a fim de comprovar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegado constrangimento ilegal, **o que incorreu na hipótese**. Desta forma, a deficiente instrução dos autos impede, no ponto, o conhecimento do **writ**.

IV - Ademais, **in casu**, infirmar a condenação da paciente ao argumento de que as provas coligidas seriam insuficientes para demonstrar a prática de atos de mercancia demandaria, impreterivelmente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**. (**Precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, analiso a tese relativa à eventual nulidade do feito pela utilização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevida de algemas durante audiência de instrução. Assim o fazendo, consigno que tal verificação demandaria, **in casu**, a instrução do feito com a mídia em que gravada a audiência, a fim de comprovar o alegado constrangimento ilegal, **o que incorreu na hipótese**. Desta forma, a deficiente instrução dos autos impede, no ponto, o conhecimento do **writ**.

Aliás, cumpre ressaltar que, segundo orientação firmada no âmbito desta Corte, constitui ônus do impetrante instruir os autos com os documentos necessários à compreensão da controvérsia, sob pena de não conhecimento do **mandamus**. Neste sentido:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DEFESA FALHA NA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ILEGALIDADE NA IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE.

1. O habeas corpus exige prova pré-constituída das alegações.

2. Segundo se observa dos documentos carreados aos autos, não consta cópia da sentença que teria aplicado incorretamente o regime fechado, nem da peça de recurso especial tida pelo ora agravante como nula.

3. Nem mesmo com a petição de agravo regimental foi sanada a deficiência na instrução do feito.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no RHC n. 50.008/RO, Sexta Turma, Rel. Min Sebastião Reis Júnior, DJe de 19/9/2014).

Ainda que assim não fosse, verifico que tal nulidade não teria sido arguida no momento oportuno, qual seja, nas alegações, conforme pode se depreender da sentença condenatória juntada às fls. 168/172, da qual se verifica que *"A defesa técnica, por sua vez, pugnou pela absolvição do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, sustentando, em síntese, ausência de prova robusta acerca da traficância e, subsidiariamente, da autoria, a ensejarem a condenação. Alternativamente, requereu a redução prevista no art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos ou imposição de regime aberto para cumprimento da pena"* (fl. 169).

Acerca da controvérsia, insta consignar que a jurisprudência desta eg. Corte firmou-se no sentido de que as nulidades ocorridas na instrução devem ser arguidas, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preliminar, quando do oferecimento das alegações, sob pena de preclusão. Colaciono, oportunamente, o seguinte precedente:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 571, II E VIII, E 563, AMBOS DO CPP. NULIDADE PELO USO DE ALGEMAS NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. (I) - PRECLUSÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. (II) - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Este Tribunal sufragou o entendimento no sentido de que "a teor do art. 571, II, do CPP, as nulidades da instrução criminal, nos processos de competência do juiz singular, devem ser arguidas, em preliminar, na oportunidade do oferecimento das alegações finais, sob pena de preclusão". (HC 168.984/GO, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe 21/05/2013). Incidência do enunciado nº 83 da Súmula desta Corte.

2. Segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (**AgRg** no **AREsp** n. 342853/SC, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 14/4/2014).

Passo então, neste momento, a analisar o pedido quanto ao possível reconhecimento de ausência de provas para a condenação do paciente como incurso no delito contido no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Transcrevo, oportunamente, o que ficou consignado na ementa do v. acórdão proferido por ocasião do julgamento do recurso de apelação:

*"APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO E DO APENAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MÉRITO. 1. **Autoria e materialidade. Apreensão de 10 pedras de crack, pesando, na totalidade 01g, 01 "pedra" de crack pesando 05g e 01 "peteca" de cocaína pesando 05g em poder do acusado Os depoimentos dos policiais foram coerentes e unânimes, confirmando as respectivas declarações prestadas durante a fase policial, dando conta de que a droga foi apreendida em poder do acusado no momento em que ele tentava fugir. Um deles confirmou***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive, que o réu teria admitido que estava traficando. A narrativa do acusado se mostra inconsistente e, isolada nos autos, não tem força probante e credibilidade, em especial em face da existência de circunstâncias e elementos suficientes a comprovar a prática delituosa. A droga não era destinada ao uso pessoal. A quantidade e a forma de acondicionamento das substâncias, aliadas à composição da quantia em dinheiro, à conduta do réu no momento da abordagem policial, à prova testemunhal e às circunstâncias do flagrante, evidenciam que o destino da droga não era somente o uso pessoal, mas tinha finalidade comercial

2. Pena privativa de liberdade. Mantida a pena fixada na sentença. A aferição, sob o critério trifásico foi adequada. O entendimento jurisprudencial é firme no sentido de que para a escolha da fração da causa de diminuição da pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga a personalidade e a conduta social do agente.

3. Regime de cumprimento da pena. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art 2º da Lei 8.072/90 (HC 111840, em 27/06/2012). Afastada, assim, a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime fechado para o condenado por tráfico de drogas.

4. Substituição da pena. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, mostra-se adequada e suficiente a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

5. Pena de multa. A pena pecuniária deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade e se adequar às condições econômicas do acusado. Redução da pena. **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA**" (fls. 235-236, grifei).

Consignou o em. Desembargador, proferindo o voto ao final vencedor, que "não havendo dúvida acerca da responsabilidade do réu pela prática delitiva e estando caracterizada a tipicidade do fato, impõe-se a responsabilização criminal do apelante, devendo ser mantida a condenação proferida em primeiro grau" (fl. 243).

Deve ser ressaltado, ainda, o que ficou consignado no voto vencedor do recurso de embargos infringentes e de nulidade, **in verbis**:

"Efetivamente, correta a condenação por tráfico de drogas tendo em vista os depoimentos das testemunhas que acompanharam o flagrante - os policiais militares -, confirmando terem surpreendido o réu, à noite, em conhecido ponto de traficância no Município de São Leopoldo, trazendo consigo substâncias entorpecentes e valor em dinheiro, ratificando os relatos prestados na seara administrativa. O réu, muito embora tenha dito em juízo ser usuário de cocaína, foi flagrado com uma peteca desse tipo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga, bem como com dez pedrinhas e uma pedra grande de crack, tendo ainda dito ter sido enxertado pelos policiais, contudo, ausente qualquer início de prova a respaldar a sua versão" (fl. 288).

Mister asseverar que, **na espécie**, não há falar em possibilidade de conclusão em sentido contrário ao entendimento consignado pelo eg. Tribunal **a quo**, já que esta eg. Corte firmou posicionamento segundo o qual o limite cognitivo da via do **habeas corpus** não permite a incursão aprofundada na seara fático-probatória.

E, **na hipótese**, a verificação da ausência de provas em relação à mercancia, como quer ver reconhecida a impetrante, demandaria, impreterivelmente, cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado nesta via, conforme pode se depreender dos seguintes precedentes desta eg. Corte acerca da **questio**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

[...]

*2. Não se mostra possível o exame do pedido de absolvição por insuficiência de provas, por se tratar de matéria cujo exame extrapola os limites estreitos do habeas corpus, notadamente por demandar o revolvimento de todos elementos de cognição produzidos no curso do processo de conhecimento" (HC n. 221081/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 17/10/2014).*

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (3) PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. (4) NÃO CONHECIMENTO.

1. [...]

2. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensinar a absolvição do paciente ou a desclassificação do crime para a forma tentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. [...]

4. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 296744/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014).

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0157648-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 298.043 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03321200044182 21200044182 3321200044182 70055256127 7522012100913

EM MESA

JULGADO: 10/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROGER NICOLAT DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.